

Genoteerd



**Aansprakelijkheid van bestuurders en
commissarissen: de stand van zaken anno 2019**



In deze uitgave

- (On)behoorlijk bestuur: artikel 2:9 BW
- Aansprakelijkheid in faillissement: artikelen 2:138 (NV) en 2:248 (BV) BW
- Aansprakelijkheid jegens derden: artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad)
- Meer duidelijkheid over doorbraak bij rechtspersoonbestuurder: artikel 2:11 BW
- Andere ontwikkelingen
- Slot

Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: de stand van zaken anno 2019

In de pers gaat het veelal over de aansprakelijkheid van bestuurders van grotere organisaties zoals Imtech, HDI, FC Twente, Vestia en Meavita. In werkelijkheid gaat dit onderwerp bestuurders aan van alle rechtspersonen: van groot tot klein. Met deze Genoteerd frissen wij uw kennis op over de aansprakelijkheid van bestuurders. Wij staan ook stil bij belangrijke relevante recente ontwikkelingen, zoals rechtspraak over de zogeheten rechtspersoon-bestuurder, het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen en de Algemene verordening gegevensverwerking.

Wij gaan in deze Genoteerd alleen in op de algemene grondslagen gelegen in de artikelen 2:9, 2:11, 2:138 en 2:248 BW (vennootschapsrecht) en artikel 6:162 BW (verbintenissenrecht).¹ Artikel 2:9 BW regelt de zogeheten interne aansprakelijkheid van bestuurders voor onbehoorlijk bestuur. De regeling ziet op de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en de bestuurders. Is de rechtspersoon failliet dan kan de curator op grond van artikelen 2:138 of 2:248 BW de bestuurders aansprakelijk stellen. De voornaamste grond voor de zogenoemde externe aansprakelijkheid jegens derden is artikel 6:162 BW. Derden, zoals schuldeisers en in sommige gevallen individuele aandeelhouders, kunnen op die manier ook bestuurders aansprakelijk stellen. Bij een rechtspersoon-bestuurder – de formeel benoemde bestuurder is dan een andere rechtspersoon, bijvoorbeeld de moedermaatschappij – kan met toepassing van artikel 2:11 BW de natuurlijke persoon achter die andere rechtspersoon aansprakelijk zijn.

(On)behoorlijk bestuur: artikel 2:9 BW

Voor iedere bestuurder geldt dat hij tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Bij de vervulling van zijn taak richt de bestuurder zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Van hem wordt verwacht dat hij op zijn taak is berekend en zijn taak nauwgezet vervult.² Een bestuurder zal dus moeten nagaan of hij over de vereiste bekwaamheden beschikt om de bestuursfunctie adequaat te vervullen. Voor disculpatie door middel van een beroep op zijn onbekwaamheid bestaat in beginsel geen ruimte.

Onbehoorlijk bestuur: collegialiteit

Op grond van artikel 2:9 lid 2 BW kan de rechtspersoon haar bestuurders aansprakelijk stellen voor onbehoorlijk bestuur. In de praktijk gebeurt dit alleen onder bijzondere omstandigheden. Het bestuur vertegenwoordigt immers zelf de rechtspersoon. Er zal dus meestal een wissel in of van het bestuur voor nodig zijn alvorens de rechtspersoon de bestuurder(s) feitelijk aansprakelijk kan stellen. Of een faillissement; in dat geval kan de curator op grond van onbehoorlijk bestuur de bestuurder(s) aansprakelijk stellen.

Het uitgangspunt is collegialiteit. Het bestuur is collectief verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken, waaronder het strategisch en financieel beleid, en de bestuurders zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor schade die de rechtspersoon lijdt als gevolg van onbehoorlijk bestuur.

Het is aan de rechtspersoon (of de curator) om te stellen en zo nodig te bewijzen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Meer concreet is nodig dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld.³ Het maken van een fout levert op zichzelf geen onbehoorlijk bestuur op.

1 Wij laten buiten beschouwing de specifiekere grondslagen voor bijvoorbeeld aansprakelijkheid van bestuurders van een informele vereniging (artikel 2:30 lid 2 BW), bestuurdersaansprakelijkheid voor rechtshandelingen vóór inschrijving bij de KvK (en/of storting op aandelen) (artikelen 2:69 lid 2 en 2:180 lid 2 BW), aansprakelijkheid van degenen die namens een vennootschap in oprichting handelen (artikelen 2:93 leden 2 en 3 en 2:203 leden 2 en 3 BW), bestuurdersaansprakelijkheid voor openbaarmaking van misleidende cijfers/informatie (artikelen 2:139 en 2:249 BW) en aansprakelijkheid bij dividenduitkeringen en andere 'uitkeringen' (onder andere artikel 2:216 lid 3 BW).

2 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (*Staleman/Van de Ven*).

3 Dit maakte de Hoge Raad duidelijk in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW in zijn arrest van 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*), welk arrest men evengoed richtinggevend acht voor de beoordeling van onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:9 BW; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/445.

Deze interne aansprakelijkheid komt niet erg vaak voorbij in de rechtspraak. Een voorbeeld is de zaak waarin verzekeraar HDI in 2017 twee voormalig bestuurders aansprakelijk stelde. HDI stelde dat hun handelen rondom een herverzekeringsconstructie haar schade had berokkend. Het hof nam in haar beoordeling mee dat sprake was van belangenverstrengeling en dat de bestuurders dit hadden verheimelijkt. Het hof zag hierin onbehoorlijk bestuur en oordeelde dat de bestuurders daarvan een ernstig verwijt treft.⁴

Ernstig verwijt: hoge drempel voor aansprakelijkheid

Dat 'ernstig verwijt' is ook een vereiste van artikel 2:9 BW, het artikel bevat dus niet alleen een gedragsnorm – behoorlijk bestuur – maar ook een aansprakelijkheidsnorm. Bij de beoordeling of de bestuurder(s) een ernstig verwijt treft, betreft de rechter alle omstandigheden van het geval, onder meer:

- de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten;
- de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's;
- de taakverdeling binnen het bestuur;
- de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen;
- de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissing of gedraging; en
- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.⁵

Het is aan de rechtspersoon (of de curator) om te stellen en zo nodig te bewijzen dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Handelen in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, zal de rechter als een zwaarwegende omstandigheid aanmerken, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder(s) vestigt.⁶ Hetzelfde geldt voor wettelijke bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, zoals de regels op het gebied van tegenstrijdige belangen. Het is raadzaam om goed op te letten in situaties binnen uw organisatie waarin mogelijk tegenstrijdige belangen

spelen, mede in verband met recente rechtspraak van de Ondernemingskamer die nieuw licht werpt op het vraagstuk van tegenstrijdige belangen.⁷

Vanwege het beginsel van collegialiteit is, indien het onbehoorlijk bestuur en de ernstige verwijtbaarheid vaststaan, het tekortschieten aan alle bestuurders toe te rekenen. Iedere bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade, tenzij een individuele bestuurder zich kan disculperen.

Disculpatie is niet eenvoudig

Tot de taak van een bestuurder behoren alle taken die niet aan andere bestuurders zijn toebedeeld. Iedere bestuurder draagt in ieder geval verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken zoals strategisch beleid, financieel beleid, toezicht op medebestuurders, toezicht op naleving van essentiële wetgeving en kwesties die voor het risicobeleid of de identiteit van de organisatie van groot belang zijn. Een taakverdeling doet niet af aan het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid.

Wel kan een taakverdeling van belang zijn voor individuele disculpatie. Een bestuurder kan zich disculperen door aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt treft doordat het onbehoorlijk bestuur niet op zijn taken zag en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Een bestuurder kan zich niet disculperen met een beroep op een taakverdeling voor een aangelegenheid betreffende de algemene gang van zaken.

Om zich op een later moment te kunnen disculperen, behoort een bestuurder dus in te grijpen wanneer onbehoorlijk bestuur dreigt doordat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult, ook indien de desbetreffende taak aan de medebestuurder is toebedeeld.⁸ In beginsel mag een bestuurder afgaan op de juistheid van mededelingen van zijn medebestuurder.⁹ Mogelijk was een bestuurder van het onbehoorlijk bestuur (redelijkerwijs) niet op de hoogte. In dat geval zal hij dat zelf moeten aantonen om zich te kunnen disculperen.

4 Hof Den Haag 19 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:682.

5 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (*Staleman/Van de Ven*).

6 HR 29 november 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE7011 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*).

7 Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 (*Staphorst Ontwikkeling*); Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, JOR 2018/21 (*Intergamma*) en Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, JOR 2018/211 (*De Seizoenen*).

8 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.

9 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9.

Let op: onvoldoende toezicht op een medebestuurder kan onder omstandigheden aansprakelijkheid tegenover derden meebrengen grond van artikel 6:162 BW (verderop meer daarover).¹⁰

Commissarissen: onbehoorlijk toezicht

Via schakelbepalingen (artikelen 2:149 en 2:259 BW) geldt de collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW ook voor commissarissen van een NV en een BV. Inhoudelijk pakt de norm iets anders uit; een commissaris heeft immers een andere taak dan een bestuurder. De raad van commissarissen heeft tot taak het houden van toezicht op de algemene gang van zaken en het beleid van het bestuur en het adviseren van het bestuur; bij de vervulling van zijn taak richt ook een commissaris zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikelen 2:140 lid 2 en 2:250 lid 2 BW).

Ook bij commissarissen is collegialiteit het uitgangspunt. De commissarissen zijn collectief verantwoordelijk en hoofdelijk aansprakelijk voor ernstig verwijtbaar onbehoorlijk toezicht. Indien sprake is van (collectief) onbehoorlijk toezicht kan een individuele commissaris zich disculperen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling door de raad van commissarissen niet aan hem is te wijten – i.e. dat hem geen ernstig verwijt valt te maken – en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

Aansprakelijkheid in faillissement: artikelen 2:138 (NV) en 2:248 (BV) BW

In faillissement bieden de artikelen 2:138 en 2:248 BW de curator een specifieke grondslag voor aansprakelijkheid voor bestuurders van NV's en BV's, en van stichtingen en verenigingen met vennootschapsbelastingplicht.¹¹

Deze grondslag is in de jaren '80 ingevoerd naar aanleiding van het toegenomen misbruik van rechtspersonen: het aantal faillissementen en onbetaald gebleven schulden liepen destijds op. De doelstelling was tweeledig: enerzijds preventie en anderzijds herstel van de gevolgen van kennelijk onbehoorlijk bestuur voor schuldeisers.

Voor deze aansprakelijkheid is vereist dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Is aan deze vereisten voldaan dan is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het hele boedeltekort. Het te vergoeden bedrag is dus niet direct gelinkt aan de schade ten gevolge van het eigen handelen of dat van de medebestuurders.

Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling

De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling moet zich in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement hebben afgespeeld. Een individueel verwijt aan de verschillende bestuurders is niet vereist. De curator hoeft ook niet aan te tonen welke bestuurders hebben bijgedragen aan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

De rechter beoordeelt de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aan de hand van de omstandigheden van het geval. De toets is of geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld.¹²

Belangrijke oorzaak van faillissement

De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling hoeft niet de enige oorzaak van het faillissement te zijn, maar moet daaraan wel in belangrijke mate hebben bijgedragen.

Het is in beginsel aan de curator om te stellen en zo nodig te bewijzen dat aan de vereisten voor hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedeltekort is voldaan.

Verstrekkende bewijsvermoedens schieten curator te hulp

In de praktijk zien wij veel gevallen waarin de curator een beroep doet op deze grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid. Dit is te danken (of te wijten, zo u wilt) aan de bewijsvermoedens die lid 2 verbindt aan twee belangrijke wettelijke verplichtingen van het bestuur: de administratieplicht van artikel 2:10 BW en de publicatieplicht met betrekking tot de jaarrekening van artikel 2:394 BW. Voldoet het bestuur niet aan (een van) deze verplichtingen dan geldt:

- i. het **onweerlegbare** vermoeden dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld; en

¹⁰ HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (TMF).

¹¹ Artikelen 2:50a en 2:300a BW.

¹² HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (Panmo).

- ii. het **weerlegbare** vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De bewijslast dat het bestuur niet heeft voldaan aan deze verplichtingen ligt in beginsel bij de curator. Indien echter de curator geen boekhouding heeft aangetroffen, of geen gedeponeerde jaarrekening, dan zal de aangesproken bestuurder veelal moeten kunnen aantonen dat dergelijke stukken wel aanwezig zijn.

Publicatie jaarrekening

Enkele jaren geleden is de termijn gewijzigd voor het opmaken en daarmee het publiceren van de jaarrekening. Het bestuur heeft bij de NV en BV tegenwoordig maximaal twaalf maanden om de jaarrekening op te maken, vast te laten stellen en te publiceren; de termijn voor het opmaken van de jaarrekening is in beginsel vijf maanden na afloop van het boekjaar. De algemene vergadering kan die termijn onder omstandigheden met vijf maanden verlengen (artikelen 2:201 lid 1 en 2:210 lid 1 BW). Vervolgens moet de algemene vergadering binnen twee maanden de jaarrekening vaststellen (artikel 2:394 leden 1 en 2 BW).¹³ Tot slot zal het bestuur de jaarrekening bij de kamer van koophandel moeten publiceren. Te laat publiceren effectueert niet alleen het net genoemde bewijsvermoeden ten behoeve van de curator; het is ook een strafbaar feit (onder de Wet economische delicten).

Onbelangrijk verzuim

De bestuurder kan in sommige gevallen aantonen dat sprake is van een onbelangrijk verzuim: indien het niet voldoen aan de betreffende verplichting in de omstandigheden van het geval niet wijst op onbehoorlijke taakvervulling, bijvoorbeeld bij een aanvaardbare verklaring voor het verzuim. Denk hierbij aan een overschrijding met enkele dagen van de termijn voor publicatie van de jaarrekening.¹⁴ Stelplecht en bewijslast rusten op de bestuurder.¹⁵

Is de administratieplicht recent verduidelijkt?

Artikel 2:10 BW bepaalt dat het bestuur verplicht is om van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op een zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.

U ziet dat het om een open en niet overdreven duidelijke norm gaat.

De Hoge Raad heeft enkele jaren terug¹⁶ eerdere rechtspraak over deze norm genuanceerd. De toets is niet slechts 'of snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en of deze posities samen met de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de rechtspersoon, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de rechtspersoon', zoals men uit die eerdere rechtspraak wel afleidde.¹⁷ Artikel 2:10 BW blijft volgens de Hoge Raad centraal staan, en voor het antwoord op de vraag of de boekhouding voldoet aan de daaraan te stellen eisen kunnen ook andere elementen van belang zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. Hoe te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend, is uiteindelijk ook afhankelijk van de aard en omvang van de onderneming van de rechtspersoon.

Achtergrond en uitwerking bewijsvermoedens

De wetgever acht het verzorgen van een behoorlijke boekhouding en het tijdig publiceren van de jaarrekening tot de meest wezenlijke elementen van een behoorlijke taakvervulling.¹⁸ Een gebrek aan een behoorlijke administratie en tijdig gepubliceerde stukken duidt op weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap, en vormt op zichzelf al een tekortkoming van het bestuur, zo ziet de wetgever het.¹⁹

¹³ Zijn alle aandeelhouders ook bestuurder dan leidt ondertekening van de jaarrekening meteen tot vaststelling en vervalt de termijn van twee maanden, tenzij de statuten anders bepalen.

¹⁴ HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079 (*Verify*).

¹⁵ HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916.

¹⁶ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932 (*FSM Europe*).

¹⁷ HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (*Brens q.q./Sarper*).

¹⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 18.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4.

Het tweede vermoeden – i.e. dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is – is zoals gezegd weerlegbaar. De bestuurder kan het bewijsvermoeden ontzenuwen door aannemelijk te maken dat andere omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Ontzenuwt de bestuurder het bewijsvermoeden uit lid 2 dan is het weer aan de curator om aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.²⁰ De curator kan de bestuurder het verwijt maken te hebben nagelaten die andere oorzaken te voorkomen, waarop de bestuurder moet aantonen dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.²¹ Indien u geïnteresseerd bent in de precieze uitwerking van het tweede bewijsvermoeden zou u de annotatie kunnen lezen bij het ‘The Law’ arrest uit 2016 van de Hoge Raad.²²

Uitbreiding en beperking van aansprakelijkheid onder artikelen 2:138 en 2:248 BW

Deze aansprakelijkheidsgrond is niet alleen van toepassing op formeel benoemde bestuurders, maar kan zich ook uitstrekken tot andere personen die het beleid van de rechtspersoon (mede) hebben bepaald alsof zij bestuurder zijn (lid 7). Dit noemt men dan een feitelijke beleidsbepaler.

Ook commissarissen kunnen op basis van deze aansprakelijkheidsgrond aansprakelijk zijn voor kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement indien aannemelijk is dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (lid 7). De raad van commissarissen is niet ineens, met het oog op de bewijsvermoedens, zelf gehouden tot het voeren van de administratie en het publiceren van de jaarrekening.²³ Ook niet in het geval dat het bestuur tekortschiet in de nakoming van die verplichtingen; de raad van commissarissen moet erop toezien dat het bestuur zijn verplichtingen nakomt.

Mogelijk kan een bestuurder zich disculperen en op die manier aansprakelijkheid ontlopen. Daarvoor moet de

bestuurder bewijzen dat hem geen verwijt treft van het kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen ervan af te wenden (lid 3). Dit is de uitzondering op de regel van hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders.

De rechter kan de aansprakelijkheid van (een van) de bestuurders om verschillende redenen matigen, bijvoorbeeld vanwege de aard en ernst van het onbehoorlijk bestuur, andere oorzaken van het faillissement of de (korte) periode dat de bestuurder(s) in functie waren (lid 4).

Aansprakelijkheid jegens derden: artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad)

Onder bepaalde omstandigheden kan een derde, bijvoorbeeld een contractpartij, een directe vordering hebben op een bestuurder. De bestuurder kan zich in die gevallen niet achter de rechtspersoon ‘verschuilen’.

De grondslag voor deze vordering is onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). De bestuurder heeft indien hij in zijn hoedanigheid van bestuurder optreedt in het algemeen slechts onrechtmatig gehandeld tegenover een derde indien hem een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt.²⁴ Enige verwarring kan ontstaan indien een schuldeiser een bestuurder niet in hoedanigheid van bestuurder aanspreekt, maar bijvoorbeeld als een professioneel adviseur; de ernstigverwijtmaatstaf ontbeert dan toepassing en voor de aansprakelijkheidsvraag gelden in dat geval ‘alleen’ de normale regels voor onrechtmatige daad.²⁵

Ernstig verwijt: hoge drempel voor aansprakelijkheid

Ook bij deze grondslag beoogt het vereiste van een ernstig verwijt een hoge drempel op te werpen voor aansprakelijkheid. Dit om te voorkomen dat bestuurders hun handelen door defensieve overwegingen laten bepalen en met de rechtvaardiging dat het allereerst de

20 Bepaald in HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*), zie onder meer Hof Den Bosch 29 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3752 en Rb. Midden-Nederland 20 april 2016 ECLI:NL:RBMNE:2016:2080, waarin dit wordt herhaald.

21 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (*Blue Tomato*).

22 Y. Borrius, annotatie bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, JOR 2016/223 (*The Law*).

23 HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114 (*Bodam Jachtservice*).

24 Mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in artikel 2:9 BW.

25 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881 (*Spaanse Villa*).

rechtspersoon is die met/tegenover de derde contracteert/handelt.²⁶

Meer concreet is vereist dat de bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig handelt dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt te maken valt. Dit zal in het algemeen zo zijn indien de bestuurder weet of redelijkerwijze behoort te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de rechtspersoon tot gevolg heeft dat deze haar verplichtingen niet nakomt en ook geen verhaal zal bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. De rechter neemt de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval mee in zijn beoordeling.²⁷

U kunt denken aan bijvoorbeeld de volgende drie situaties.

1. Een bestuurder kan onrechtmatig handelen door namens de rechtspersoon een verplichting aan te gaan terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de rechtspersoon die verplichting niet kan nakomen en geen verhaal zal bieden voor de schade die de wederpartij daardoor schade lijdt.²⁸
2. Een bestuurder kan onrechtmatig handelen ten aanzien van eerder aangegane verplichtingen door te bewerkstelligen of toelaten dat de rechtspersoon die verplichtingen niet nakomt terwijl hij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat deze handelwijze tot gevolg zou hebben dat de rechtspersoon haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.²⁹
3. Een bestuurder kan onrechtmatig handelen door crediteuren selectief te betalen. In veel gevallen staat het een bestuurder vrij om op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers de rechtspersoon in de gegeven omstandigheden zal voldoen. Komt echter het niet-betalen voort uit betalingsonwil van de bestuurder, dan kan persoonlijke aansprakelijkheid ontstaan.³⁰ Dit kan ook anders liggen indien een bestuurder ervoor kiest om schuldeisers binnen zijn groep te voldoen met voorrang boven niet

tot zijn groep behorende crediteuren; voor dergelijke selectieve betalingen zullen in het algemeen door de wet erkende redenen van voorrang zijn vereist.³¹

De maatstaf van een ernstig verwijt geldt ook gewoon bij de beoordeling of een zogeheten trustbestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en of die trustbestuurder bijvoorbeeld wist of had behoren te begrijpen dat benadeling van een schuldeiser van dat onbehoorlijk bestuur het gevolg zou zijn.³²

Geen hoofdelijke aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad via artikel 6:162 BW leidt niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid van verschillende bestuurders. De eiser moet per bestuurder stellen en zo nodig bewijzen dat is voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW. Begin 2018 heeft de Hoge Raad buiten twijfel gesteld dat, zelfs indien de rechtspersoon een wettelijke voorschrift niet naleeft (het ging om effectenrechtelijke voorschriften met betrekking tot een vergunning en een prospectus), voor iedere bestuurder afzonderlijk een toerekenbare onrechtmatige daad jegens de eiser moet vaststaan.³³

Meer duidelijkheid over doorbraak bij rechtspersoon-bestuurder: artikel 2:11 BW

In Nederland kan een rechtspersoon bestuurder van een rechtspersoon zijn. Dat is geen vanzelfsprekendheid. In veel staten of landen kan dat niet; onder andere Delaware en Canada, en dichterbij huis Denemarken, Estland, Finland, Ierland, Oostenrijk, Polen en Zweden. Dit hangt samen met de aan het bestuur verbonden taken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden.

De Nederlandse wetgever heeft om die reden artikel 2:11 BW ingevoerd: de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder rust ook hoofdelijk op ieder die bestuurder is van die rechtspersoon-bestuurder. De bestuurder van de aansprakelijke rechtspersoon kan op haar beurt weer een rechtspersoon zijn, enzovoorts;

26 HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen/NOM*).

27 HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521 (*Beklamel*).

28 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*).

29 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*).

30 HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (*Zandvliet/ING*).

31 HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*).

32 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8686 (*Ontvanger/Intertrust*).

33 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (*TMF*).

de regel stelt geen maximum aan het aantal (Nederlandse) rechtspersonen. Een natuurlijk persoon kan zich dus niet verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid van de rechtspersoon-bestuurder.

De afgelopen twee decennia heeft de Hoge Raad een vijftal arresten gewezen over aansprakelijkheid via artikel 2:11 BW. Toepassing van het artikel is niet mogelijk op de feitelijk beleidsbepaler van de rechtspersoon-bestuurder³⁴, maar *wel* op de rechtspersoon-bestuurder die door de curator aansprakelijk is gesteld als feitelijk beleidsbepaler (zoals hierboven geschetst bij de aansprakelijkheid in faillissement).³⁵ Verder strekt toepassing van het artikel zich niet uit tot de bestuurders van een niet statutair in Nederland gevestigde rechtspersoon-bestuurder; stel dat een Belgische NV de bestuurder is van een Nederlandse rechtspersoon, dan kan men niet via artikel 2:11 BW (ook) door de Belgische NV heen kijken naar haar bestuurders.³⁶

Toepasselijkheid artikel 2:11 BW bij onrechtmatige daad-aansprakelijkheid

Het vijfde en meest recente arrest – gewezen in 2017 – ziet op de combinatie van dit doorbraakartikel met de grondslag onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Het arrest schijnt licht op drie vragen: (i) is artikel 2:11 BW van toepassing indien de rechtspersoon-bestuurder wordt aangesproken op grond van artikel 6:162 BW?; zo ja: (ii) moet de schuldeiser ook een persoonlijk ernstig verwijt aantonen ten aanzien van de bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder?; en, indien het tweede antwoord nee is, (iii) hoe kan de bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid (alsnog) voorkomen?

De Hoge Raad beantwoordt deze vragen kortweg als volgt: (i) ja; (ii) nee; en (iii) de bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder in kwestie kan stellen en zo nodig bewijzen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen van de rechtspersoon-bestuurder.³⁷

Duidelijke taal, waarmee de praktijk redelijk goed uit de voeten kan. De wenselijkheid van deze antwoorden is een tweede. Een gevolg kan namelijk bijvoorbeeld zijn dat een

schuldeiser een betere bewijzpositie heeft (i) wanneer hij de leden aansprakelijk stelt van een meerkoppig bestuur van een rechtspersoon-bestuurder dan (ii) wanneer hij de leden aansprakelijk stelt van een meerkoppig bestuur dat direct is benoemd, zonder tussenkomst van een rechtspersoon-bestuurder. In het eerste geval kan de schuldeiser volstaan met het aannemelijk maken van een ernstig verwijt ten aanzien van de rechtspersoon-bestuurder. In het tweede geval zal de schuldeiser ten aanzien van iedere afzonderlijke bestuurder een ernstig verwijt aannemelijk moeten maken; zoals gezegd, geldt het uitgangspunt van collectiviteit immers niet bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

Indien in uw groepsstructuur een of meerdere rechtspersoon-bestuurders zetelen, kan met het oog op deze ontwikkelingen raadzaam zijn om uw structuur en besluitvormingsgebruiken nog eens extra tegen het licht te houden.

Andere ontwikkelingen

Welke juridische ontwikkelingen relevant zijn voor uw organisatie hangt onder meer af van de sector waarin u opereert. Wij signaleren twee ontwikkelingen die impact kunnen hebben bij veel verschillende typen organisaties, en dus relevant zijn voor hun bestuurders.

Verwachte invoering van Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen

Dit wetsvoorstel moet de regeling verduidelijken voor bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen.³⁸ Het voorstel is nog in behandeling bij de Tweede Kamer. Nadat het voorstel ruim twee jaar had stilgelegen, zijn vanaf eind 2018 aanvullende parlementaire stukken verschenen.

Huidige hoofdlijnen wetsvoorstel

In de huidige vorm voorziet het wetsvoorstel in een wettelijke basis voor een raad van commissarissen bij verenigingen en stichtingen en voor een monistisch bestuursmodel bij alle rechtspersonen. Bij de invoering van de Wet bestuur en toezicht in 2013 is een dergelijke wettelijke basis enkel ingevoerd voor de NV en de BV.

34 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5658 (*Montedison*).

35 HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1231 (*Lammers/Aerts q.q.*).

36 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group Europe*); HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*My Guide*).

37 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Kampschöer/Le Roux*).

38 *Kamerstukken II* 2015-2015, 34 491, nr. 2.

Verder schept het huidige wetsvoorstel voor de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting meer duidelijkheid over:

- de uitgangspunten voor bestuurders en commissarissen (het voorstel is om concreet in de wet op te nemen dat zij zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden organisatie);
- de positie van bestuurders en commissarissen met een tegenstrijdig belang (het voorstel is om een met de NV-/BV-regeling vergelijkbare regeling voor alle rechtspersonen te introduceren, en bij de stichting een eis om besluitvorming bij tegenstrijdig belang schriftelijk vast te leggen);
- de regels over aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (het voorstel voorziet in een breder toepassingsbereik van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, namelijk niet alleen indien de rechtspersoon aan vennootschapsbelasting onderhevig is).

De inwerkingtreding van de AVG: algemene verordening gegevensbescherming

De inwerkingtreding van de AVG per 25 mei 2018 heeft veel stof doen opwaaien. U hebt over de AVG kunnen lezen in onze Genoteerd over 'Privacy compliance' (nummer 118, maart 2018). De AVG is van toepassing op organisaties die persoonsgegevens van burgers van de Europese Unie verwerken. Ook organisaties van buiten de Europese Unie kunnen onder de werking van de AVG vallen. Gebruik makend van de mogelijkheid om aanvullend een nationale regeling op te stellen, heeft Nederland de Uitvoeringswet algemene verordening gegevensbescherming ingevoerd.³⁹

Aansprakelijkheid van de rechtspersoon en diens bestuurders

Op grond van artikel 82 van de AVG heeft eenieder die materiële of immateriële schade lijdt ten gevolge van een inbreuk op de AVG recht op schadevergoeding door de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker. Een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker wordt van aansprakelijkheid vrijgesteld indien hij bewijst dat hij op geen enkele wijze verantwoordelijk is voor het schadeveroorzakende feit. Meerdere verantwoordelijken of verwerkers kunnen hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Voor aansprakelijkheid van de rechtspersoon jegens een derde moet op grond van de AVG dus sprake zijn van een schending van de AVG. Niet-naleving van de AVG is een schending van een wettelijke plicht en kwalificeert daarmee op grond van artikel 6:162 BW ook als een onrechtmatige daad van de rechtspersoon. Voor aansprakelijkheid van een bestuurder moet echter sprake zijn van een onrechtmatige daad van de bestuurder zelf, en in de meeste gevallen zal in dat kader de ernstigverwijtmaatstaf gelden.

Een veel besproken verplichting op het gebied van gegevensbescherming is de meldplicht datalekken. De meldplicht bestaat onder Nederlands recht sinds 2016 en is aangescherpt bij de invoering van de AVG door strengere eisen voor de registratie van datalekken. Organisaties moeten alle datalekken documenteren. Met deze documentatie kan de Autoriteit Persoonsgegevens controleren of organisaties aan de meldplicht datalekken voldoen. In bepaalde gevallen zal de organisatie het datalek moeten melden bij de Autoriteit Persoonsgegevens en soms zelfs aan de personen van wie gegevens zijn gelekt. Een dergelijke melding zorgt ervoor dat zij in staat zijn om zelf maatregelen te nemen en zo verdere schade te beperken.

Boetebevoegdheid Autoriteit Persoonsgegevens

Een van de bevoegdheden die de Autoriteit Persoonsgegevens kan uitoefenen om naleving af te dwingen van de AVG is het opleggen van een geldboete. De Autoriteit Persoonsgegevens kan de geldboete opleggen aan de organisatie/rechtspersoon, of direct aan de bestuurder(s).⁴⁰ De rechtspersoon kan een aan haar opgelegde boete proberen te verhalen op haar bestuurder(s) vanwege onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 BW), bijvoorbeeld gelegen in het – ondanks bekendheid met een datalek – niet-conform de AVG handelen, waar een redelijk denkend bestuurder wel conform de AVG zou hebben gehandeld.

De boetebevoegdheid kwam onder de Wet bescherming persoonsgegevens aanvankelijk toe aan CBP (de voorganger van de Autoriteit Persoonsgegevens). Van de bevoegdheid is tot op heden geen gebruik van gemaakt. Wij sluiten niet uit dat dit in de nabije toekomst verandert; wij zien bijvoorbeeld in het mededingingsrecht dat de

³⁹ Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 3, p. 87.

⁴⁰ Kamerstukken I 2014/15, 33 662, nr. C, p. 20.

Autoriteit Consument en Markt reeds verschillende geldboetes heeft opgelegd aan natuurlijke personen. Dit kan zowel aan de bestuurder die opdracht heeft gegeven als aan de feitelijke leidinggever.⁴¹ De Autoriteit Consument en Markt beperkt zich niet tot de formele bestuurders.⁴²

Het is niet ongebruikelijk dat de rechtspersoon een bestuurder een vrijwaring verstrekt voor eventuele schade die hij oploopt door de uitoefening van zijn bestuurstaak. In veel gevallen verzekert de rechtspersoon de persoonlijke risico's op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid ten gunste van de bestuurders en anderen die vergelijkbare risico's lopen. Vanwege de recente ontwikkelingen op het gebied van bestuurlijke boetes is het raadzaam om na te gaan of de betreffende voorwaarden nog voldoende actueel zijn.

Slot

De verschillende algemene regelingen op het gebied van de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen beogen een aanzienlijke drempel op te werpen voor persoonlijke aansprakelijkheid. In een uitdijend landschap aan regelgeving is dat wat ons betreft een groot goed. Bestuurders en commissarissen doen er niettemin goed aan om op de hoogte te blijven van de verantwoordelijkheden en risico's verbonden aan hun positie. Wij spreken graag met u en anderen binnen uw organisatie over dit onderwerp en over de specifieke regelgeving die daarbij relevant kan zijn, bijvoorbeeld regelgeving van toepassing in een bepaalde sector.

41 Besluiten van de Autoriteit Consument en Markt van 9 juni 2016, kenmerk ACM/DJZ/2016/403307 en 1 juli 2015, kenmerk ACM/DJZ/2015/203593; Besluit van Autoriteit Consument en Markt van 22 mei 2017, kenmerk ACM/DJZ/2017/203847; Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 22 mei 2017, kenmerk ACM/DJZ/2017/203854.

42 Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 26 mei 2016, kenmerk ACM/DJZ/2016/202336.

Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd wordt aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

loyensloeff.com

Genoteerd

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteur van deze bijdrage is Huib Schrama (huib.schrama@loyensloeff.com).

Redactie

drs. P.G.M. Adriaansen
prof. dr. R.P.C. Cornelisse
mr. E.H.J. Hendrix
mr. drs. A.N. Krol
prof. mr. C.W.M. Lieverse
mr. P.E. Lucassen
mr. W.C.M. Martens
prof. mr. W.J. Oostwouder
prof. mr. D.F.M.M. Zaman

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Als toonaangevend kantoor is Loyens & Loeff de logische keuze als juridisch en fiscaal partner wanneer u in of via Nederland, België, Luxemburg of Zwitserland, onze thuismarkten, zaken doet. Met onze vestigingen in de Benelux, Zwitserland en kantoren in de belangrijke financiële centra kunt u wereldwijd rekenen op een persoonlijk advies van een van onze 900 adviseurs. Dankzij onze full-service praktijk, specifieke sectorbenadering en diepgaande kennis van de markt, begrijpen onze adviseurs precies waaraan u behoefte heeft.

Amsterdam, Brussel, Hong Kong, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Singapore, Tokio, Zürich